



**University of
Zurich^{UZH}**

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2021

**Wirtschaftsverfassung zwischen Sogwirkung des Faktischen und
ordnungspolitischer Verklärung. Wirtschaftliche Tätigkeiten des
Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten als methodologische
Herausforderung der Verfassungsrechtswissenschaft**

Reich, Johannes

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-202977>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Reich, Johannes (2021). Wirtschaftsverfassung zwischen Sogwirkung des Faktischen und ordnungspolitischer Verklärung. Wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten als methodologische Herausforderung der Verfassungsrechtswissenschaft. Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 140(2):131-153.

Wirtschaftsverfassung zwischen Sogwirkung des Faktischen und ordnungspolitischer Verklärung

Wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens
in Konkurrenz zu Privaten als methodologische Herausforderung
der Verfassungsrechtswissenschaft

JOHANNES REICH*

Schlagwörter: Wirtschaftsverfassung, Selbstverständnis der Staatsrechtslehre, Wirtschaftsfreiheit, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Rechtsdogmatik, Verfassungsauslegung, Verfassungsfortbildung, Glarnersach, privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, unternehmerische Tätigkeit des Staates

A. Entfremdung zwischen Rechtswissenschaft und «Verfassungspraxis»?

164 Literaturnachweise, die sich auf 49 rechtswissenschaftliche Monografien, Aufsätze und Kommentierungen beziehen, weist das Urteil zur Verfassungskonformität des Zwecks und der Aufgaben der Kantonalen Sachversicherung Glarus («Glarnersach») vom 3. Juli 2012¹ selbst in seiner gekürzten, amtlich publizierten Fassung auf. Die minutiöse höchstrichterliche Aufmerksamkeit, die der Verfassungsrechtswissenschaft im Leitentscheid zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten zuteilwurde, stimmte diese nicht versöhnlich: Das Urteil stiess in Besprechungen auf breite, wenn auch nicht einhellige Kritik.² Das

* Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (Yale); Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Umweltrecht und Energierecht, Universität Zürich. – ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6283-0112>.

1 BGE 138 I 378 E. 3–11 S. 381–406 (Glarnersach) vom 3. Juli 2012.

2 Kritisch GIOVANNI BIAGGINI, ZBl 123 (2012) S. 665–674, 671–674; PETER HETTICH, AJP 21 (2012) S. 1467–1471, 1469–1471; ANDREAS LIENHARD, ZBJV 149 (2013) S. 816–818; RENÉ RHINOW, Die freie Wirtschaftsordnung ernst nehmen, Neue Zürcher Zeitung vom 4. September 2012, S. 30; MARKUS SCHOTT, dRSK (29.8.2012); DERS., Kantonale Gebäudeversicherer – neue Player auf dem Privatversicherungsmarkt, Jahrbuch SGHVR 2014, Zürich 2014,

Bundesgericht befand, dass wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten verfassungskonform seien, sofern sie den Anforderungen von Art. 5 Abs. 1–3 BV³ (formell-gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) und Art. 94 Abs. 1 und 4 BV (Wettbewerbsneutralität; Verbot systematischer Quersubventionierungen) genügten.⁴ Daher vermochte das Bundesgericht in der formell-gesetzlich verankerten Befugnis der «Glarnersach», «im Wettbewerb mit den privaten Versicherungsgesellschaften Fahrhabe [Mobilien] und Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden sowie weitere Gefahren» innerhalb und ausserhalb des Kantons zu versichern,⁵ keinen Verstoß gegen die Bundesverfassung zu erkennen. In seiner Begründung nahm die «oberste rechtsprechende Behörde des Bundes»⁶ für sich in Anspruch, mit ihrer Auffassung im Unterschied zur Verfassungsrechtswissenschaft auf der Seite «der gelebten Verfassungspraxis»⁷ und «Verfassungswirklichkeit»⁸ zu stehen. Den bundesgerichtlichen Rekurs auf die legislative Praxis in Bund und Kantonen mag man eilfertig als Musterbeispiel eines naturalistischen Fehlschlusses, wonach von einem Sein («Verfassungspraxis», «Verfassungswirklichkeit») nicht unbesehen auf ein Sollen (Normbefehle der Bundesverfassung) geschlossen werden darf,⁹ von der Hand weisen. Dadurch geriete

S. 41–62; ferner STEPHAN FUHRER, HAVE 11 (2012) S. 429–437, 434 f.; RAPHAEL KRAEMER/ANDREAS STÖCKLI, Grenzenlose Staatswirtschaft?, Recht 4 (2013) S. 28–45, 38 f.; differenzierend: JOHANNES REICH, Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung, AJP 22 (2013) S. 1399–141; KLAUS A. VALLENDER, Art. 94, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich etc. 2014, N 19, 22–28; zustimmend dagegen YVO HANGARTNER, AJP 21 (2012) S. 1817–1823 sowie die als Rechtsvertreter bzw. Gutachter in das Verfahren involvierten CORNEL QUINTO/FELIX UHLMANN, Staatswirtschaft ja, aber fair, Neue Zürcher Zeitung vom 4. September 2012, S. 30; CORNEL QUINTO, Direkte Demokratie und Staatswirtschaft, Recht 4 (2013) S. 195–207 und FELIX UHLMANN, Art. 94, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, N 13.

- 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).
- 4 BGE 138 I 378 E. 6.3 S. 387–390, E. 7 S. 390–393, E. 8.2 S. 393, E. 9.1 S. 399 (Glarnersach); zusammenfassend bestätigt in BGE 143 II 425 E. 4.2 f. S. 431 f. (Universität Zürich).
- 5 Art. 1, Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 Gesetz [des Kantons Glarus] über die Kantonale Sachversicherung Glarus vom 2. Mai 2010 (GS V D/1/1).
- 6 Art. 188 Abs. 1 BV.
- 7 BGE 138 I 378 E. 6.3.3.3 S. 389 (Glarnersach), wonach die «grundsätzliche Zulässigkeit einer unternehmerischen Tätigkeit des Staates (...) der gelebten Verfassungspraxis» entspreche.
- 8 BGE 138 I 378 E. 8.4 S. 398 f. (Glarnersach), wonach es im «Widerspruch zur gelebten Verfassungswirklichkeit (...) stünde», würde man aus Art. 94 BV das Erfordernis ableiten, dass «wirtschaftliches Handeln des Staates» nur beim Vorliegen eines Marktversagens zulässig wäre.
- 9 Der «naturalistische Fehlschluss» (engl.: «*naturalistic fallacy*»), durch GEORGE EDWARD MOORE, Principia Ethica, Cambridge 1903, S. 10 a.E./§ 10, S. 12–15/§ 12, S. 37 f./§ 24 als solcher benannt und breit diskutiert, geht im Kern auf DAVID HUME, A Treatise of Human Nature (1739/40), in: David Fate Norton/Mary J. Norton (Hrsg.), The Clarendon Edition of the Works of David Hume, Oxford 2007, S. 302 zurück und besagt, dass zwischen Fakten (Sein) und Werten (Sollen) streng zu unterscheiden sei und von Ersterem nicht unbesehen auf Letzteres geschlossen werden dürfe. Es ist jedoch mindestens zweifelhaft, ob eine wertungsfreie Erkenntnis

jedoch die Diagnose aus dem Blick, die das Bundesgericht zutage förderte: Der tiefe *Graben*, der sich hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Beurteilung wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten zwischen der *legislativen Praxis von Bund und Kantonen* einerseits und der *Wissenschaft von der Wirtschaftsverfassung* andererseits auftut. Die Wissenschaft vom Wirtschaftsverfassungsrecht hat sich darauf beschränkt, den methodischen Ansatz des Bundesgerichts zurückzuweisen.¹⁰ Als Aufforderung zur kritischen Selbstbefragung über ihre methodologischen Grundlagen und ihr Rollenverständnis hat sie den bundesgerichtlichen Befund dagegen nicht verstanden.

Vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Diagnose unterzieht dieser Beitrag die rechtsdogmatische Durchdringung und Systematisierung der Wirtschaftsverfassung einer *kritischen Prüfung* (Abschnitte B und C), um auf verfassungstheoretischer Grundlage zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen wirtschaftsrechtliche *Gesetzgebung* und Rechtsanwendung («Verfassungspraxis») in zulässiger Weise auf die Auslegung, *Konkretisierung* und *Fortbildung der Wirtschaftsverfassung* zurückwirkt (Abschnitt D). Der Beitrag zeigt auf, dass die Wirtschaftsverfassung weniger der fortgesetzten Beschäftigung mit ihrer abstrakten inhaltlichen Prägung als vielmehr der Analyse ihrer *verfassungstheoretischen Grundlagen* und der sorgfältigen Untersuchung ihrer *konkreten Normen in ihren spezifischen Kontexten* bedarf (Abschnitt E). Für die Verfassungsrechtswissenschaft eröffnet sich dadurch die Chance, sich von der selbstgewählten Nebenrolle als «*Sidekick*» des *Bundesgerichts* zu lösen (Abschnitt F).

B. «Wirtschaftsverfassung» als positives Verfassungsrecht

Die Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten entscheidet sich wesentlich auf der Grundlage der «Wirtschaftsverfassung» der Bundesverfassung.¹¹ Dieser wird das positive, auf den Regelungsgegenstand «Wirtschaft» bezogene Bundesverfassungsrecht zugerechnet.¹²

von «Fakten» epistemologisch und sprachtheoretisch überhaupt möglich ist, weshalb sich der naturalistische Fehlschluss seinerseits als Fehlschluss erweisen könnte; sinngemäss JOHN R. SEARLE, How to Derive «Ought» From «Is», *Philosophical Review* 73 (1964) S. 43–58, 48 («*the naturalistic fallacy fallacy*»).

10 Vgl. RHINOW (Fn. 2), S. 30 (der die «gelebte Verfassungswirklichkeit» als «gefährlichen Begriff» brandmarkt); kritisch und kryptisch UHLMANN (Fn. 2), Art. 94 N 13 («methodisch heikel»).

11 Vgl. nur BGE 138 I 378 E. 6–9.7 S. 384–403 (Glarnersach).

12 PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 2013, N 1 (wonach ein solches Verständnis «allgemein anerkannter Auffassung» entspreche); eingehender RENÉ RHINOW, Art. 31, in: Jean François Aubert et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern 1988, N 1–4; kritisch VINCENT MARTENET, *La Constitution et l'économie*, in: Oliver Diggel-

Dieser deskriptiv-formalen Kategorisierung folgend, bildet die Wirtschaftsverfassung eine sog. «Bereichsverfassung»¹³ der Bundesverfassung.¹⁴ Im Unterschied zu dem in der Wirtschaftstheorie gängigen ordnungspolitisch-präskriptiven Begriffsverständnis versteht die Verfassungsrechtswissenschaft «Wirtschaftsverfassung» demnach in einem juristisch-normativen Sinn.¹⁵ Dieser Wirtschaftsverfassung gehört neben dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) insbesondere der 7. Abschnitt des 2. Kapitels des 3. Titels der Bundesverfassung («Wirtschaft»; Art. 94–107 BV) an.¹⁶ Mit dem *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) enthält die Wirtschaftsverfassung jenen «Schlüsselbegriff»¹⁷, der als «Dreh- und Angelpunkt der schweizerischen Wirtschaftsverfassung»¹⁸ gilt. Er errichtet für Eingriffe in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) eine besondere, zu Art. 36 Abs. 1–3 BV hinzutretende Schrankenregelung (defensive Dimension).¹⁹ Sodann verpflichtet er Bund, Kantone und Gemeinden, privatwirtschaftlichen Wettbewerb möglichst weitgehend zu verwirklichen (systembezogene Dimension²⁰).²¹ Schliesslich weist der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit eine bundesstaatliche Dimension auf: Während dem Bundesgesetzgeber «Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» «nötigenfalls»²² erlaubt sind, sofern sie «in der Bundesverfassung vorgesehen» sind, bleiben sie den Kantonen mit Ausnahme der kantonalen Regalrechte verwehrt (vgl. Art. 94 Abs. 1 BV).²³

mann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 2061–2090, N 10.

13 Vgl. dazu statt anderer GIOVANNI BIAGGINI, *Kommentar BV*, 2. Aufl., Zürich 2017, Einleitung, N 10.

14 GIOVANNI BIAGGINI, *Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen*, ZBI 97 (1996) S. 49–82, 52; JOHANNES REICH, *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999*, Zürich/St. Gallen 2011, N 513–516; RHINOW (Fn. 12), N 2.

15 Sinngemäss RHINOW (Fn. 12), N 3; BIAGGINI (Fn. 13), *Vorbemerkungen zu BV 94–107*, N 2.

16 Statt aller BIAGGINI (Fn. 13), *Vorbemerkungen zu BV 94–107*, N 2/2. Lemma.

17 RENÉ RHINOW/GIOVANNI BIAGGINI/GERHARD SCHMID/FELIX UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011, § 4 N 30; ähnlich MARKUS SCHOTT, *Staat und Wettbewerb*, Zürich/St. Gallen 2010, N 612 a.E.

18 BIAGGINI (Fn. 14), S. 56.

19 REICH (Fn. 14), N 867 f., 874–877.

20 BGE 143 II 425 E. 4.2 S. 431 (Universität Zürich), 138 I 378 E. 6.1 S. 385 (Glamersach).

21 REICH (Fn. 14), N 869–873.

22 Vgl. Art. 100 Abs. 3, Art. 101 Abs. 2 Satz 2, Art. 102 Abs. 2, Art. 103 Satz 2, Art. 104 Abs. 2 BV.

23 Vgl. eingehend REICH (Fn. 14), N 831–833 m.w.H.

C. «Wirtschaftsverfassung» als Ergebnis rechtsdogmatischer Systembildung

I. «Wirtschaftsverfassung besteht, Wirtschaftsverwaltungsrecht vergeht»?

Im spezialisierten Schrifttum hat sich die *inhaltliche Prägung* der Wirtschaftsverfassung spätestens seit dem Schweizerischen Juristentag von 1970²⁴ zu einer zentralen Streitfrage entwickelt. Die in ersten Ansätzen bis 1875 zurückreichende Debatte²⁵ kreist vorwiegend um die Frage, ob der Wirtschaftsfreiheit als Garantie individueller wirtschaftlicher Handlungsfreiheit («Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftsfreiheit») oder als «Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung»²⁶ («Wirtschaftsverfassung der Wettbewerbsfreiheit») eine hervorgehobene Stellung zukommt oder ob sie gleichrangig neben Ziel- und Zuständigkeitsbestimmungen der Wirtschaftsverfassung steht («Wirtschaftsverfassung der Wirtschaftspolitik»).²⁷ Der auf hoher Abstraktionsebene geführten Kontroverse, der seit geraumer Zeit kaum mehr neue Gesichtspunkte hinzugefügt werden und deren praktische Konsequenzen sich bestenfalls bescheiden ausnehmen,²⁸ wird auch im aktuellen Schrifttum viel Platz eingeräumt.²⁹ Das auf die Wirtschaftsverfassung spezialisierte Schrifttum bildet damit innerhalb der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht eine *Ausnahmeerscheinung*, steht die schweizerische Staatsrechtslehre doch im Ruf, sich auf praktisch relevante

24 Vgl. FRITZ GYGI, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR 89 II (1970) S. 265–389; CHARLES-ANDRÉ JUNOD, Problèmes actuels de la constitution suisse, ZSR 89 II (1970) S. 391–820, 651–820.

25 Vgl. THEODOR BERTHEAU, Die bundesrechtliche Praxis betreffend die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, Zürich 1895, S. 107.

26 BGE 124 I 11 E. 5a S. 18 (Georg Müller).

27 Vgl. für das ältere Schrifttum etwa FRITZ GYGI, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1978, S. 287; HANS MARTI, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976, N 32–34; LEO SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994, S. 17–25; referierend etwa RHINOW (Fn. 12), N 14–23; BIAGGINI (Fn. 18), S. 56–62; RHINOW/BIAGGINI/SCHMID/FELIX UHLMANN (Fn. 17), § 4 N 1, 31–45; REICH (Fn. 14), N 517–521, 887–889; PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, N 418–427.

28 Ähnlich GIOVANNI BIAGGINI, Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit, ZBl 102 (2001) S. 225–248, 233 («eine eher akademische Streitfrage»).

29 Vgl. in jüngster Zeit etwa ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 624–627; PHIL BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Zürich 2019, N 1–32; NATASCHA BOUCHER-KIND, Staatliche Marktteilnahme, Bern 2020, N 89–161; PETER HETTICH/MARTIN KOLMAR/MAGNUS HOFFMANN/JANNICK KOLLER/LUKAS MATHIS, Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2017, S. 17–19; ferner ETIENNE GRISEL, Liberté économique, Bern 2005, N 218–220; RHINOW/BIAGGINI/SCHMID/UHLMANN (Fn. 17), § 4 N 81–94; SCHOTT (Fn. 17), N 606–722; RICHLI (Fn. 27), N 42–85; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2007, § 4 N 172–183.

Rechtsfragen zu konzentrieren und theoretischen Diskussionen skeptisch zu begegnen.³⁰

Historisierend lässt sich dieses ausgeprägte Interesse an der inhaltlichen Charakterisierung der Wirtschaftsverfassung mit den sog. «*Neuen Wirtschaftsartikeln*» erklären. Deren Inkrafttreten am 1. Oktober 1947³¹ entfachte eine lebhafteste Kontroverse, ob die neu in die Bundesverfassung eingefügten, «kautschukartigen»³² Formulierungen mit einer «Entthronung» der Wirtschaftsfreiheit «als verfassungsmässiges Freiheitsrecht» einhergingen³³ oder ob das «Verhältnis von Staat und Wirtschaft» im Sinn verfassungsrechtlicher Kontinuität keine nennenswerten Änderungen erfahren habe.³⁴ Die Tatsache, dass sich das Bundesgericht für die Auslegung der revidierten Verfassungsbestimmungen auch auf vor dem 1. Oktober 1947 ergangene Urteile bezog,³⁵ lässt sich als Beleg dafür lesen, dass sich die These von der *inhaltlichen Kontinuität der Wirtschaftsverfassung* durchgesetzt hatte.³⁶ Gleiches wiederholte sich nach dem Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung vom 18. April 1999.³⁷ Während die bundesrätliche Botschaft betone, dass «die begriffliche und inhaltliche Kontinuität» zwischen «geltender Wirtschaftsverfassung (...) und nachgeführter Wirtschaftsverfassung (...) gewährleistet»³⁸ sei, bekräftigte der Berichterstatter der vorberatenden Kommission im Plenum des Nationalrates, hinsichtlich der Wirtschaftsverfassung sei «bis auf den letzten Buchstaben Nachführung» geübt worden.³⁹ Das Bundesgericht bezog sich für die Auslegung von Art. 27 und Art. 94 BV in der Folge auch auf seine vor dem 1. Januar 2000 ergangene Rechtsprechung.⁴⁰

30 Zu dieser Fokussierung auf praktisch relevante Rechtsfragen vgl. DIETRICH SCHINDLER [jun.], Die Staatsrechtslehre in der Schweiz, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 25 (1976) S. 279, 265–268; GIOVANNI BIAGGINI, Die Staatsrechtswissenschaft und ihr Gegenstand, in: Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung, Beiheft 7), Berlin 2007, S. 267–291, 288; BENJAMIN SCHINDLER, 100 Jahre Verwaltungsrecht in der Schweiz, ZSR 130 (2011) II S. 331–437, 394 f.

31 AS 63 (1947) 1041; vgl. auch REICH (Fn. 14), N 517 f., 592–612 (mit einer historisierenden Einordnung).

32 FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, S 291.

33 FLEINER/GIACOMETTI (Fn. 32), S. 289.

34 LEO SCHÜRMANN, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, Zürich 1948, S. 5 (Hervorhebungen im Original weggelassen); gl.M. Botschaft über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, BBl 1937 II 833–902, 882.

35 Vgl. etwa BGE 86 I 272 S. 276 E. 1 a.E. (Marie Rauber), 84 I 107 E. 2 S. 110 a.E. (Eugen Ege), 83 I 111 E. 1 S. 112 (Sommer), 82 I 72 E. 1 S. 73 (Karl Etzensperger) und 80 I 13 S. 16 (Chiropraktik).

36 REICH (Fn. 14), N 609–611.

37 Vgl. REICH (Fn. 14), N 627–674.

38 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1–642, 292 f.

39 Votum Nationalrat JOST GROSS (Berichterstatter), in: Amtliches Bulletin Nationalrat. 108. Jahrgang. Separatdruck Reform der Bundesverfassung 1998, Bern 1999, S. 221/rechte Spalte, verfügbar unter <https://www.parlament.ch/centers/documents/de/bundesverfassung-reform-amtliches-bulletin-nr-d.pdf>.

40 Vgl. aus jüngerer Zeit statt anderer BGE 145 I 183 E. 4.1.1 S. 191 f. (Ordre des Avocats Neuchâtelois).

Die These von einer im Wesentlichen ungebrochenen Prägung der Wirtschaftsverfassung lässt sich in Abwandlung des bekannten Diktums von *Otto Mayer*⁴¹ mit der Wendung «*Wirtschaftsverfassung besteht, Wirtschaftsverwaltungsrecht vergeht*» zuspitzend zusammenfassen. Zum Nennwert ist die Kontinuitätsthese allein schon deswegen nicht zu nehmen, weil sich die Chancen, in Rechtsetzungsverfahren Mehrheiten zu finden, mit der Betonung inhaltlicher Kontinuität erhöhen können. Die Selbstbeschränkung und Stetigkeit kommunizierende Bezeichnung der Reform der Bundesverfassung als «Nachführung» und die nachfolgende Zustimmung von Volk und Ständen zum «Bundesbeschlusses über eine *neue* Bundesverfassung»⁴² am 18. April 1999⁴³ illustrieren diesen Zusammenhang exemplarisch.⁴⁴

II. «Wirtschaftsverfassung der Verfassungsrechtsdogmatik» als Metaebene

Würde die These von der weitgehenden inhaltlichen Kontinuität der Wirtschaftsverfassung zutreffen, gestaltete sich die Eruiierung der relevanten Normbefehle auf der Basis des «pragmatischen Methodenpluralismus» des Bundesgerichts⁴⁵ erkenntnistheoretisch äusserst *anspruchsvoll*. Für die verfassungsrechtliche Beurteilung wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten gilt dies besonders, erweisen sich doch die Materialien der geltenden Bundesverfassung diesbezüglich auch gemäss der Einschätzung des Bundesgerichts als unergiebig.⁴⁶ Aus politischem Nutzenkalkül unterliessen es Bundesrat und Bundesversammlung, die Rechtslage zu klären und beschränkten sich stattdessen auf eine «negative Nachführung» der Wirtschaftsverfassung der Bundesverfassung.⁴⁷ Angesichts dieser epistemischen Herausforderungen wächst die Versuchung, die Wirtschaftsverfassung als positives Verfassungsrecht mit ihrer systematisierenden Aufbereitung durch das rechts- bzw. verfassungsrechtsdogmatisch arbeitende Schrifttum – der «*Wirtschaftsverfassung der Verfassungsrechtsdogmatik*» – gleichzusetzen. «Rechtsdogmatik» – in ihrer auf das Verfassungsrecht bezogenen Ausprägung als «Verfassungsrechtsdogmatik» bezeichnet – steht für eine systematisierende,

41 OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin 1924, Vorwort zur dritten Auflage: «Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht; (...)»

42 Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998, AS 1999 2556 (Kursivdruck hinzugefügt).

43 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 18. April 1999 (Neue Bundesverfassung) vom 11. August 1999, BBl 1999 5986 f.

44 REICH (Fn. 14), N 630, 632–634.

45 Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGE 145 III 324 E. 6.6 S. 334 m.w.H. (J. Ltd.).

46 Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.3.1 S. 388 (Glarnersach).

47 REICH (Fn. 2), S. 1401, 1409, 1412.

«Systembildung»⁴⁸ betreibende Rechtswissenschaft, «die zwischen Rechtsnormen, Regeln, Prinzipien und Entscheidungen durch Vergleichbarkeit und Differenzierungen Begründungszusammenhänge herstellt», sodass dem Rechtssystem ein «Reservoir an systematisiert gespeichertem Wissen zur Verfügung gestellt wird.»⁴⁹ Rechtsdogmatik ist daher notwendig mit *wertenden Abstraktionsleistungen* verbunden. Für das Schrifttum zum schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrecht gilt dies aufgrund seiner Fokussierung auf die inhaltliche Prägung ihres Untersuchungsgegenstandes⁵⁰ in gesteigertem Mass. Mit der verfassungsrechtsdogmatischen Systematisierung der Wirtschaftsverfassung geht deshalb die Gefahr einher, über dem positiven Wirtschaftsverfassungsrecht eine auf abstrahierte Prinzipien reduzierte und inhaltlich widerspruchsfreie *Metaebene* einzuziehen, die sich von der wirtschaftsrechtlichen Gesetzgebung von Bund und Kantonen sukzessive entkoppelt und entfernt. Den Boden für diese Distanzierung haben auch die abstrakten und zuweilen geradezu gravitatisch verkündeten, für den Ausgang des konkreten Verfahrens aber oft weitgehend folgenlosen *bundesgerichtlichen Proklamationen* des Gewährleistungsgehalts des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) gelegt.⁵¹

III. Wirtschaftsverfassung als Projektionsfläche ordnungspolitischer Ideale

Rechtswissenschaft ist eine Disziplin, deren Untersuchungsgegenstand Rechtsnormen sind. Sie ist daher *Normwissenschaft*, aber *keine normative Wissenschaft*.⁵² Ihre Aussagen über Rechtsnormen können somit – anders als die Normbefehle der Rechtsnormen selbst – keine rechtsnormative Geltung beanspruchen.⁵³ Dieser grundlegende Unterschied zwischen Aussagen *über* den in einem Gesetzestext niedergelegten Normbefehl und eben diesen *Norm-*

48 Grundlegend EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-
idee, 2. Aufl., Berlin etc. 2006, S. 1–41; ferner PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungs-
recht, Zürich 2018, S. 28, 31 f.

49 FIONA BOTTEGA/JOHANNES REICH, Kurzkommatare als «Bundesgerichtspositivismus», in:
Anton K. Schnyder et. al. (Hrsg.), Wissensvermittlung und Recht. Festgabe zum 70. Geburtstag
von Werner Stocker, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 273–287, 281 m.w.H.

50 Vgl. dazu Abschnitt C/I.

51 Vgl. aus jüngerer Zeit etwa BGE 143 II 425 E. 4.2 f. S. 431 (Universität Zürich) (Grundsatz der
Wirtschaftsfreiheit als «grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien
beruhenden Wirtschaftsordnung») und «Grundsatzentscheid für eine privatwirtschaftliche
Wirtschaftsordnung»); BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 385 (Glarnersach) (Grundsatz der Wirtschafts-
freiheit «als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beru-
henden Wirtschaftsordnung»); zur Wirtschaftsfreiheit vgl. BGE 124 I 11 E. 5a S. 18 (Georg
Müller) (Wirtschaftsfreiheit als «Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung»).

52 MATTHIAS JESTAEDT, Das mag in der Theorie richtig sein ... Vom Nutzen der Rechtstheorie für
die Rechtspraxis, Tübingen 2006, S. 52.

53 JESTAEDT (Fn. 52), S. 52 f. m.w.H.

befehl selbst droht durch rechtsdogmatische Systembildung unterlaufen zu werden.⁵⁴ Rechtsdogmatische Analysen, wie sie auch der «Wirtschaftsverfassung der Verfassungsrechtsdogmatik» zugrunde liegen, sind implizit regelmässig mit einem *präskriptiven Anspruch* verbunden. Sie geben vor, dass das Resultat ihrer verfassungsrechtsdogmatischen Operationen, wie etwa das Ergebnis der Auslegung einer Verfassungsnorm, rechtsnormative Befolungspflichten auslöst. Rechtsdogmatik tendiert dazu, zu suggerieren, selbst Teil des Normbefehls zu sein, auch wenn sie diesen nur analysiert. «Rechtsdogmatik» entspricht unter diesen Bedingungen dem Versuch der Wissenschaft, «sich einen Anteil an der Rechtserzeugung zu sichern und zu behaupten, dass ihre Aussagen über das geltende Recht eine rechtliche Geltung besitzen.»⁵⁵ Ist nicht einfaches Recht, sondern die *Verfassung* Objekt der Rechtsdogmatik (Verfassungsrechtsdogmatik), gewinnt diese Gefahr der «*Selbstermächtigung der Wissenschaft durch Rechtsdogmatik*»⁵⁶ an Tragweite, indem sie die Autorin bzw. den Autor in die Lage versetzen, demokratisch erzielte, in Rechtsform gegossene Regeln (Gesetz- und Verordnungsgebung) als «verfassungskonform» oder «verfassungswidrig» zu charakterisieren. Umso stärker wirken Anreize, die Auslegung von Verfassungsrecht mit individuellen Werturteilen anzureichern und subjektiv geteilte *ordnungspolitische Konzepte auf die Wirtschaftsverfassung zu projizieren*. Transparent gemacht werden solche, der rechtlichen Analyse vorausliegende ordnungspolitische Vorverständnisse⁵⁷ freilich meist nur implizit.⁵⁸

54 Ähnlich JESTAEDT (Fn. 52), S. 53; OLIVER LEPSIUS, Kritik der Dogmatik, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiss Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, Tübingen 2012, S. 39–62, 43–45; BOTTEGA/REICH (Fn. 49), S. 280–282.

55 LEPSIUS (Fn. 55), S. 44.

56 LEPSIUS (Fn. 55), S. 43–45.

57 Stilbildend JOSEF ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1972, S. 136–141, aufbauend auf HANS-GEORG GADAMER, Wahrheit und Methode, 7. Aufl., Tübingen 2010, S. 281–290, 305–312.

58 Vgl. immerhin FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 25, wonach «[d]as Beste und Grösste auf geistigem und wirtschaftlichem Gebiet (...) auch in der Schweiz der privaten Initiative und dem freien Wirken des Einzelnen» entsprungen sei. Bei dieser Meinung soll es sich laut HETTICH/KOLMAR/HOFFMANN/KOLLER/MATHIS (Fn. 29), S. 18 allerdings nicht nur um *Fleiners* Privatmeinung, sondern um nichts weniger als die (empirisch kaum leicht zu eruierende) «Auffassung des Verfassungsgebers» handeln. Ob diese Zuschreibung ihrerseits zumindest auch durch ordnungspolitische Vorverständnisse der Autoren bedingt sein könnte? Vgl. ferner *Zaccaria Giacometti* in FLEINER/GIACOMETTI (Fn. 32), S. 245, der – unter Berufung auf *Wilhelm Röpke* – zu Protokoll gibt, dass «[e]ine gelenkte Wirtschaft (...), wie schon die wenigen Ansätze nach dieser Richtung in der Schweiz» zeigten, «letzten Endes zur Diktatur» führe, ohne dafür freilich konkrete Belege anzuführen; einordnend ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 297 f.

IV. Selbstreferenzialität rechtsdogmatischer Systembildung und Systemnutzung

Das durch rechtsdogmatische Durchdringung erzeugte Reservoir an systematisiert aufbereitetem und gespeichertem Wissen⁵⁹ entlastet sowohl die Rechtsprechung als auch die Wissenschaft von den skizzierten epistemischen Schwierigkeiten, die mit der Eruiierung des Normsinns der Bestimmungen der Wirtschaftsverfassung verbunden sind.⁶⁰ Rechtsdogmatik schafft dadurch die Voraussetzungen für eine eigentümliche *selbstreferenzielle Eigendynamik*: Im Weg der systematisierenden Systembildung wird auf den bereits systematisch geordneten Rechtsstoff Bezug genommen. «Systembildung» ermöglicht demnach «Systemnutzung»,⁶¹ setzt diese fortgesetzte Selbstreferenz aber gleichzeitig voraus. Diese selbstreferenzielle Systembildung ist mit zwei hauptsächlichen *Risiken* verbunden: Erstens, mit der Vernachlässigung der konkreten Normanalyse in ihrem spezifischen Entstehungskontext und, zweitens, mit der Gleichsetzung der rechtsdogmatisch aufbereiteten «Wirtschaftsverfassung der Verfassungsrechtsdogmatik»⁶² mit den Normbefehlen der Wirtschaftsverfassung.

Für den Verzicht auf eine den selbstaufgelegten Ansprüchen des pragmatischen Methodenpluralismus genügenden Auslegung der relevanten Verfassungsbestimmungen bietet das «Glarnersach»-Urteil⁶³ selbst Anschauungsunterricht: Es nimmt auf 164 Literaturstellen aus 49 rechtswissenschaftlichen Werken Bezug,⁶⁴ wertet die Materialien der geltenden Bundesverfassung aber bloss an drei Stellen und jeweils nur summarisch aus.⁶⁵ Das Bundesgericht geht zudem nur knapp auf den Wortlaut einer einzigen Verfassungsnorm ein und beschränkt sich dabei auf die deutsche Fassung.⁶⁶ Die Gefahr, die Differenz zwischen Normwissenschaft und normativer Wissenschaft zu unterlaufen,⁶⁷ lässt sich an der in der Lehre geäusserten Kritik am «Glarnersach»-Urteil⁶⁸ illustrieren. Bemängelt wurde insbesondere, dass es das Bundesgericht verpasst habe, die «Einschränkung» des der Bundesverfassung vorausliegenden ordnungspolitischen «Grundentscheids» für eine prinzipiell wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft anhand der Kriterien von Art. 36 Abs. 1 BV zu prüfen.⁶⁹ Die Theorie eines ordnungspolitischen Grundentscheids ist das Ergebnis

59 Vgl. dazu Abschnitt C/II im Haupttext bei Fn. 49.

60 Vgl. Abschnitt C/II.

61 SCHMIDT-ASSMANN (Fn. 48), S. 5 (Rechtsdogmatik als «Systemnutzung und Systembildung»).

62 Vgl. Abschnitt C/II.

63 Vgl. BGE 138 I 378 E. 3–11 S. 381–406 (Glarnersach).

64 Vgl. dazu Abschnitt A.

65 Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.1 S. 385, E. 6.3.1 S. 387 (Glarnersach).

66 Vgl. BGE 138 I 378 E. 8.4 S. 395 (Glarnersach).

67 Vgl. dazu Abschnitt C/III.

68 Vgl. BGE 138 I 378 E. 3–11 S. 381–406 (Glarnersach).

69 VALLENDER (Fn. 2), Art. 94 N 27; PETER HETTICH, Kooperative Risikovororge, Zürich/Basel/Genf 2014, N 738 f.

eines rechtsdogmatischen Konstruktivismus. Dieser schliesst auf der Grundlage einer Gesamtschau der Bundesverfassung induktiv auf ein «normatives Leitbild», das der Wirtschaftsverfassung zugrunde liegen soll.⁷⁰ Ungeachtet der Frage, ob diese Argumentation methodisch oder inhaltlich überzeugt, kommt dem auf erheblichem Abstraktionsniveau angesiedelten Resultat einer solchen verfassungsrechtsdogmatischen Operation für sich allein keine rechtsnormative Verbindlichkeit zu, sodass auch die individuelle gerichtliche Durchsetzung prekär erscheint.

D. Fortbildung der Wirtschaftsverfassung: Verfahren, Reichweite und Grenzen

I. Statik, Dynamik und Fortbildung der Wirtschaftsverfassung

1. Wirtschaftsverfassung im Gravitationsfeld der «Verfassungspraxis»

Methodisch bewegen sich das Bundesgericht in seinem Leitentscheid zur Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten und die herrschende Lehre trotz divergierender Ergebnisse auf weitgehend *identischer, verfassungsrechtsdogmatischer Grundlage*.⁷¹ Die Wege trennen sich erst hinsichtlich der Bewertung der als «Verfassungspraxis»⁷² bezeichneten Gesetzgebung von Bund und Kantonen. Das Bundesgericht stellte sich auf den Standpunkt, dass «der Verfassungsgeber (...) ausdrücklich (...) hätte sagen» müssen, dass er das einfache Recht, das wirtschaftliche Tätigkeiten der Gemeinwesen in Konkurrenz zu Privaten auf breiter Form legitimiert, missbillige, um ihr die Weihen rechtsnormativer Verbindlichkeit vorzuenthalten.⁷³ Nachdem das Bundesgericht keine entsprechende Stellungnahme des «Verfassungsgebers» auszumachen vermochte, gestand das Gericht dieser «Verfassungspraxis» eine normative Bedeutung zu, die einer «*Sogwirkung des Faktischen*» entspricht: Sinngemäss identifizierte das Bundesgericht die «Verfassungspraxis» mit den Normbefehlen der Wirtschaftsverfassung.⁷⁴ Diese Gleichsetzung wäre jedoch nur dann folgerichtig, wenn mindestens eine der zwei folgenden Prämissen zuträfe:

- Die Wirtschaftsverfassung der Bundesverfassung passt sich jederzeit flexibel den herrschenden politischen Gegebenheiten im Bund und in den einzel-

70 VALLENDER (Fn. 2), Art. 94 N 37; VALLENDER/HETTICH/LEHNE (Fn. 29), § 4 N 1; HETTICH (Fn. 69), N 739.

71 Vgl. Abschnitt C/IV.

72 BGE 138 I 378 E. 6.3.3.3 S. 389 (Glarnersach).

73 BGE 138 I 378 E. 6.3.3 S. 390 (Glarnersach) (Wortfolge umgestellt).

74 Vgl. BGE 138 I 378 E. 6.3.3.3 S. 389 und E. 8.4 S. 398 f. (Glarnersach). – Die in der Formulierung anklingende Wendung von der «normativen Kraft des Faktischen» geht auf GEORG JELLIENEK, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1910, S. 330 zurück.

nen Kantonen an und geht demzufolge gleichsam in der «gelebten Verfassungspraxis»⁷⁵ auf. Zwar erweisen sich zahlreiche Bestimmungen der Bundesverfassung als konkretisierungsbedürftig oder sind gar – wie etwas das Recht auf Ehe (Art. 14 BV) – auf ein Tätigwerden des Bundesgesetzgebers angewiesen, doch steht der Geltungsvorrang des Bundesverfassungsrechts vor einfachem Recht ausser Frage.⁷⁶

- Die Verfassungsordnung der Bundesverfassung lässt die Möglichkeit von Gewohnheitsrecht, das Bundesverfassungsrecht derogiert, zu, sodass «der Verfassungsgeber»⁷⁷ dessen Entstehung analog zum «*persistent objector*» im Völkerrecht⁷⁸ nur vereiteln kann, indem er sein Missfallen zeitgerecht und lautstark kundtut. Das Bundesgericht hat die Existenz von derogierendem Gewohnheitsrecht im Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts jedoch ganz allgemein ausgeschlossen.⁷⁹

2. *Elemente einer Verfassungstheorie der Wirtschaftsverfassung*

Auch wenn sich die bundesgerichtliche Gleichsetzung von «Verfassungspraxis» und normativem Inhalt der Wirtschaftsverfassung damit als nicht tragfähig erweist, wirft sie gleichwohl die von der tradierten Verfassungsrechtsdogmatik nur unzureichend beleuchtete Frage auf, unter welchen Voraussetzungen *Gesetzgebung*, die mit der Wirtschaftsverfassung in Beziehung steht («Verfassungspraxis»), in rechtsnormativ relevanter Weise auf den Inhalt der Normbefehle der Wirtschaftsverfassung zurückwirkt, indem sie diese *inhaltlich anreichert und fortbildet*. Angesprochen ist damit das Paradoxon, dass Verfassungsrecht Beständigkeit beansprucht, aber an Steuerungskraft einbüsst, wenn sie sich gegenüber geänderten sozialen, politischen oder ökonomischen Umweltbedingungen völlig abschliesst.⁸⁰ Eine *Verfassungstheorie der Wirtschaftsverfassung*, auf deren Bedarf die bundesgerichtlich postulierte Identität von «Verfassungspraxis» und Normbefehlen der Wirtschaftsverfassung hinweist, hätte vorrangig den *Verfassungsbegriff* zu klären, welcher der Analyse der Wirtschaftsverfassung zugrunde liegt. Darauf aufbauend lassen sich Kriterien entwickeln, welche *Akteure* in welchen Verfahren befugt sind, Normen der Wirtschaftsverfassung fortzubilden. Die *Potenziale und Grenzen* solcher Fort-

75 BGE 138 I 378 E. 6.3.3.3 S. 389 (Glarnersach).

76 Vgl. anstelle aller Botschaft neue BV (Fn. 38), S. 11; FLEINER (Fn. 58), S. 21, 399.

77 BGE 138 I 378 E. 6.3.3 S. 390 (Glarnersach).

78 Vgl. dazu statt aller JAMES CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9. Aufl., Oxford 2019, S. 26 f. m.w.H.

79 Vgl. BGE 138 I 196 S. 204 E. 4.5.4 (traducteur-juré Genève): «(...) [I]l ne peut pas être tenu compte d'une coutume lorsqu'elle revient à déroger à une loi formelle, voire à la Constitution (...)»

80 Für den Entwurf einer evolutiven und kontextuell orientierten Methodik der Verfassungsinterpretation, die auf das identifizierte Paradoxon zu reagieren versucht, vgl. REICH (Fn. 14), N 55–97.

bildung steckt dabei vor allem der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit als Schlüsselbegriff der Wirtschaftsverfassung⁸¹ ab. Solche Elemente einer Verfassungstheorie der Wirtschaftsverfassung lassen sich vorliegend nur im Sinn eines Entwurfs vorläufig skizzieren.

II. Wirtschaftsverfassung: graduelle Autonomiegewinne und Verrechtlichung

Mit der Kategorisierung der Wirtschaftsverfassung als «Bereichsverfassung» der Bundesverfassung durch die Verfassungsrechtswissenschaft hat die Wirtschaftsverfassung teil an dem für die gesamte Bundesverfassung massgebenden juristisch-normativen Verfassungsbegriff.⁸² Der Begriff «Verfassung» ist aber *weder statisch noch universell gültig*. Da der Untersuchungsraum der Verfassungsrechtswissenschaft der Wirtschaftsverfassung ihrem eigenen Anspruch nach weit zurückreicht,⁸³ ist durch den blossen Verweis auf den gegenwärtig dominanten Verfassungsbegriff der Bundesverfassung wenig gewonnen. Im Sinn eines Idealtypus⁸⁴ bezeichnet «Verfassung» die strukturelle Kopplung von Recht und Politik: Als hierarchisch höchstes Gesetz ermöglicht die Verfassung dem Rechtssystem, politisches, in einfaches Recht gegossenes Handeln anhand eigener, mithin *rechtlicher* Massstäbe als «verfassungswidrig» oder «verfassungskonform» zu taxieren.⁸⁵ Dieser Verfassungsbegriff hat sich jedoch wesentlich im Kontext der U.S.-amerikanischen Staatsbildung entfaltet.⁸⁶ Er lässt sich daher nicht unesehen auf die schweizerische Bundesverfassung übertragen. Vielmehr bestehen verlässliche Indizien dafür, dass die Bundesverfassung im Allgemeinen und die Wirtschaftsverfassung im Besonderen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zumindest partiell als *kurz- bis mittelfristig orientiertes, politisch erheblich formbares Staatsprogramm* verstanden wurden.⁸⁷

81 Vgl. Abschnitt B, Haupttext zu Fn. 17–23.

82 Vgl. Abschnitt B; zum Verfassungsbegriff vgl. statt aller BIAGGINI (Fn. 13), Einleitung, N 11–17.

83 Vgl. Abschnitt C/I.

84 Zur epistemischen Funktion des «Idealtypus» vgl. MAX WEBER, Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 19 (1904) S. 22–87.

85 NIKLAS LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995, S. 478.

86 Vgl. NIKLAS LUHMANN, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9 (1990) S. 176–220, 193, 201.

87 Vgl. GUSTAV VOGT, Referendum, Veto, Initiative in den neuen schweizerischen Kantonsverfassungen, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 19 (1873) S. 350–380, 352: «Uns [Schweizern] gilt eine Verfassung für nicht mehr als für ein aus dem Bewusstsein der Gegenwart geschöpftes Programm der Aufgaben, welche der Staat für die nächste Zukunft sich zu stellen hat; dieses Programm möge eine jede Generation je nach ihren Bedürfnissen und Zielpunkten sich neu gestalten.» – Gustav Vogt (* 1829; † 1901) gilt «als eigent[licher] Schöpfer des Bundesstaatsrechts im Geist des 1848er-Liberalismus»; CHRISTOPH ZÜRCHER, Vogt, Gustav (2012), in: Historisches Lexikon der Schweiz (HLS), online: <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/013312/2012-10-23/>>.

Die Konzeption, wonach die Bundesverfassung auch den politischen und rechtlichen Handlungsspielraum des Bundes beschränkte und ihre Anwendung und Fortbildung im Einzelfall nach *rechtlichen* Kriterien zu erfolgen hatte, vermochte sich in der Staatspraxis demgegenüber erst ab den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts graduell durchzusetzen.⁸⁸ Einer von zahlreichen Belegen, der diese noch vorläufige These einer *sukzessiven* «*Verrechtlichung der Bundesverfassung*» stützt, bildet die nach der Jahrhundertwende allmählich, auch nach Kritik der Verfassungsrechtswissenschaft aufgegebenen Praxis der Bundesversammlung, die Zuständigkeit des Bundes für die Subventionierung der Landwirtschaft und anderer Branchen allein mit Verweis auf die «Beförderung» der «gemeinsamen Wohlfahrt» als einen in Art. 2 aBV (1874)⁸⁹ verbürgten «Zweck» des Bundes zu rechtfertigen.⁹⁰ Dieser Prozess der Verrechtlichung ist mit Autonomiegewinnen gegenüber der Politik verbunden und entspricht einer partiellen Annäherung an den Idealtypus des Begriffs «Verfassung».

III. Akteure und Verfahren der Fortbildung der Wirtschaftsverfassung

1. Bundesgesetzgebung und Gesetzgebung der Kantone

Hinsichtlich der Wirtschaftsverfassung lässt sich dieser Prozess einer schrittweisen Ausdifferenzierung zwischen politischem und rechtlichem System auch anhand der Verfahren der Anwendung und Fortbildung des Verfassungsrechts nachvollziehen. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 erklärte Beschwerden wegen Verletzungen der Handels- und Gewerbefreiheit (Wirtschaftsfreiheit) zu «Administrativstreitigkeiten», die nicht vom Bundesgericht, sondern vom Bundesrat und – im Fall des Weiterzugs – von der Bundesversammlung zu entscheiden waren.⁹¹ Das Bundesgericht sollte nur für die Entscheidung jener Beschwerden zuständig sein, bei denen «*rechtliche Momente* vorzugsweise den Ausschlag» gaben.⁹² Die Beurteilung von Beschwerden wegen Verletzung der Wirtschaftsfreiheit wurde als «Ergänzung der Arbeit des Gesetzgebers» als der «juristischen Me-

88 In diese Richtung weist FLEINER (Fn. 58), S. 399; noch klarer FLEINER/GIACOMETTI (Fn. 32), S. 21–23.

89 [alte] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aufgehoben per 31. Dezember 1999).

90 Kritik bei WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931, S. 11–13, 19 f.; historisierend REICH (Fn. 14), N 276–280 m.w.H.

91 Art. 59 Abs. 2 Ziff. 3 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874 (BB1 1874 II 425–442, 438 f.).

92 Botschaft betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 23. Mai 1874, BB1 1874 I 1059–1097, 1077 (Kursivdruck hinzugefügt); analytisch dazu JOHANNES REICH, Verhältnis von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 12), S. 333–355, N 30.

thode» nicht zugänglich dargestellt,⁹³ bis sie am 1. Februar 1912 auf das Bundesgericht übertragen wurde.⁹⁴ Die Befugnis von *Gerichten*, auf dem Weg der Verfassungsrechtsprechung, Normen der Bundesverfassung innerhalb eines spezifisch durch Auslegung zu ermittelnden Rahmens fortzubilden, ist prinzipiell unbestritten.⁹⁵ In einer Verfassungsordnung, in der die Reichweite der Verfassungsgerichtsbarkeit beschränkt ist (vgl. Art. 190 BV), kommt den Gerichten aber *kein Monopol zur autoritativen Interpretation und Fortbildung der Bundesverfassung* zu. Das auf die Vereinigten Staaten gemünzte Diktum, wonach wir unter einer Verfassung leben, deren Inhalt aber durch Gerichte festgelegt wird,⁹⁶ trifft auf die Bundesverfassung nicht zu. *Bundesgesetzgebung* ist ein Akt der Konkretisierung von Bundesverfassungsrecht⁹⁷ und macht daher im Rechtsetzungsverfahren eine Beurteilung des vorgegebenen verfassungsrechtlichen Rahmens erforderlich. Auch aus diesem Grund ist der Bundesrat verpflichtet, der Bundesversammlung die «Vereinbarkeit» seiner Erlassentwürfe «mit übergeordnetem Recht» darzulegen (vgl. Art. 141 Abs. 2 Bst. a ParlG⁹⁸). Ihre hervorgehobene Stellung (vgl. Art. 148 Abs. 1 BV) und die Massgeblichkeit von Bundesgesetzen und parlamentarisch genehmigter völkerrechtlicher Verträge (vgl. Art. 190 BV) übertragen der Bundesversammlung die mit der Rolle als primäre «Hüterin der Bundesverfassung» verbundene Verantwortung.⁹⁹ Soweit sich die Bundesgesetzgebung im Rahmen einer vertretbaren Auslegung der Bundesverfassung bewegt, wird ihr *verfassungsfortbildende Relevanz* daher nicht abgesprochen werden können. Hinsichtlich des persönlichen Schutzbereichs (Grundrechtsträgerschaft) hat das Bundesgericht die Möglichkeit der Fortbildung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) auf völkervertragsrechtlicher und bundesgesetzlicher Grundlage denn auch anerkannt.¹⁰⁰ Ausserhalb der Wirtschaftsverfassung lassen sich etwa die 2019 beschlossenen

93 [Bundesrichter] HEINRICH HAFNER, Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [Expertenbericht]. Entwurf und Motive im Auftrage des EJPD, Bern 1888, S. 147 f.

94 REICH (Fn. 14), N 477 m.w.H.

95 Zur Ermittlung des dafür zur Verfügung stehenden Rahmens vgl. REICH (Fn. 14), N 77–89.

96 CHARLES EVANS HUGHES, Speech before the Chamber of Commerce, Elmira, May 3, 1907, in: Jacob Gould Schurman (Hrsg.), *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, 1906–1908*, New York/London 1908, S. 133–146, 139: «We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is (...)»

97 Allgemein HANS Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), Wien 2000, S. 240; weiterführend RENÉ RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik*, Basel/Stuttgart 1979, S. 232–240.

98 Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR171.10).

99 JOHANNES REICH, *Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt*, ZaöRV 68 (2008) S. 979–1025, 1008, 1013 f.; spezifisch für die Grundrechte JÖRG PAUL MÜLLER, *Entstehung und Entwicklung der Grundrechte in der Schweiz*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Fn. 12), S. 1167–1192, N 13.

100 Vgl. BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 227 (L. GmbH) (wonach sich eine ausländische juristische Person aufgrund des FZA [SR 0.142.112.681] auf Art. 27 BV berufen kann) und BGE 123 I 212 E. 2b S. 214 f. (V.) (wonach sich natürliche Personen mit ausländischer Staatsbürgerschaft auf Art. 27

bundesgesetzlichen Normen zum Verfahren der Kündigung völkerrechtlicher Verträge als (einschränkende) Fortbildung von Art. 184 Abs. 2 BV deuten.¹⁰¹

Kantonalem Recht kommt aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) keine mit Bundesgesetzen identische Bedeutung zu. Eine weitgehend einheitliche kantonale Praxis lässt sich aber in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Anerkennung ungeschriebener Grundrechte als Beleg dafür werten, dass eine bestimmte Fortbildung der Wirtschaftsverfassung «von einem allgemeinen Konsens getragen» ist.¹⁰² Ausserhalb der Wirtschaftsverfassung – beispielsweise hinsichtlich des zeitlichen Umfangs des Anspruchs auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV) und damit im Zuständigkeitsbereich der Kantone (vgl. Art. 62 Abs. 1 BV) – hat das Bundesgericht interkantonalem und kantonalem Recht implizit verfassungskonkretisierende Relevanz zugestanden.¹⁰³

2. *Staatspraxis zu wirtschaftlichen Tätigkeiten des Gemeinwesens*

Obwohl die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts zuweilen zur Epoche des «reinen» Wirtschaftsliberalismus verklärt wird, entsprachen die wirtschaftlichen Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten seit Errichtung des schweizerischen Bundesstaates gängiger, durch Politik und Rechtsprechung wiederholt gebilligter Praxis.¹⁰⁴ Zwischen 1865 und 1885 errichteten elf Kantone vollständig in ihrem Eigentum stehende *Kantonalbanken*.¹⁰⁵ Ohne Änderung der Bundesverfassung wurde am 2. Februar 1898 die *Verstaatlichung der privaten Eisenbahngesellschaften* beschlossen.¹⁰⁶ Deren Verfassungskonformität erörterte der Bundesrat in seiner Botschaft zwar ausführlich, doch erschien die Vorlage nicht als Problem der Wirtschaftsfreiheit (Handels- und Gewerbe-freiheit).¹⁰⁷ Fast alle grösseren Gemeinden schufen um die Jahrhundertwende *Stadt- und Gemeindewerke*, um private Anbieter gezielt aus dem Markt für Wasser, Gas und Elektrizität zu verdrängen und die entsprechenden Dienstleis-

BV berufen können, soweit sie keinen bundesgesetzlichen Begrenzungsmassnahmen des Ausländerrechts unterliegen).

101 Vgl. AS 2019 3119, womit u.a. Änderungen von Art. 24 Abs. 2 und 3 ParlG (Fn. 98) und Art. 7^{bis} RVOG (SR 172.010) verbunden waren; kritisch zur Normenhierarchie ELISABETH CHIARIELLO, Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen, LeGes 31 (2020) 2, Nr. 4, N 11–14.

102 Vgl. BGE 121 I 367 E. 2a S. 370 m.w.H. (V.); JOHANNES REICH, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 65 (2017), S. 713–742, 741 f.

103 Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_433/2011 vom 1. Juni 2012 E. 3.3 (A.X.) und dessen Interpretation in BGE 140 I 153 E. 2.3.1 S. 156 (Verein A.).

104 Zum Narrativ des liberalen Nachtwächterstaates vgl. REICH (Fn. 14), N 159–166.

105 YVES FROIDEVAUX, Kantonalbanken (2015), in: HLS (Fn. 87), online: <<https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/014065/2015-04-08/>>; aus rechtlicher Sicht vgl. BURCKHARDT (Fn. 90), S. 230.

106 Vgl. BBl 1898 II 69–74.

107 Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Rückkauf der schweizerischen Hauptbahnen vom 25. März 1897, BBl 1897 230–477, 232, 343–346.

tungen durch öffentliche Anstalten selbst anbieten zu können.¹⁰⁸ Zahlreiche Kantone kauften im gleichen Zeitraum Produktionsstätten und Verteilnetze für Elektrizität auf und organisierte diese in Anstalten des öffentlichen Rechts.¹⁰⁹ Die Auffassung, wonach es im Elektrizitäts-, Wasser- und Gassektor Aufgabe von Kantonen und Gemeinden sei, der «Privatindustrie wirksame Konkurrenz zu machen und sie nach und nach (...) zu verdrängen», wurde selbst von der dem liberalen Freisinn nahestehenden «Neuen Zürcher Zeitung» mit Vehemenz propagiert.¹¹⁰ In der Politik regte sich gegen die erheblichen Gewinne, die kommunale und kantonale Infrastrukturbetriebe erzielten, kein grundsätzlicher Widerstand.¹¹¹ Das zeitgenössische verfassungsrechtliche Schrifttum billigte die wirtschaftlichen Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, mindestens soweit diese nicht rein fiskalischen Interessen verfolgten.¹¹² Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* taxierte wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten nicht als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit.¹¹³ Im Gegenteil anerkannte es «die Sorge für einen angemessenen Ertrag» von Gemeindewerken ausdrücklich als «öffentliches Interesse».¹¹⁴ Rein fiskalische Interessen rechtfertigten eine Konkurrenzierung Privater laut dem Bundesgericht zwar nicht, doch zeigte es sich grosszügig, die seitens der Gemeinde und Kantone geltend gemachten «Gründe des öffentlichen Wohls» zum Nennwert zu nehmen.¹¹⁵ 1946 stelle der Bundesrat denn auch befriedigt fest, dass rund drei Viertel der Bevölkerung der Schweiz durch öffentliche Unternehmen mit elektrischer Energie versorgt würden, der Anteil beim Erdgas gar 90% und bei der Wasserversorgung nahezu 100% betrage.¹¹⁶ Im Elektrizitätssektor ist diese *Dominanz der Staatswirtschaft* ungebrochen: Ende 2018 hielten Kantone,

108 Vgl. DAVID GUGERLI, Redeströme. Zur Elektrifizierung der Schweiz 1880–1914, Zürich 1996, S. 270–288; FABIAN HODEL, Versorgen und Gewinnen, in: David Gugerli (Hrsg.), Allmächtige Zauberein unserer Zeit. Zur Geschichte der elektrischen Energie in der Schweiz, Zürich 1994, S. 73–84, 73–77; MONIQUE SAVOY, Lumières sur la ville. Introduction et promotion de l'électricité en Suisse – l'éclairage lausannois, 1881–1921, Lausanne 1987, S. 36–47; referierend REICH (Fn. 14), N 205–208 m.w.H.

109 GUGERLI (Fn. 108), S. 279–282.

110 Neue Zürcher Zeitung, Nr. 73 vom 13. März 1908, S. 1; vgl. dazu GUGERLI (Fn. 108), S. 277–279; REICH (Fn. 14), N 207 f./Anm. 662.

111 Stellvertretend FABIAN HODEL, Versorgen und gewinnen. Die Geschichte der unternehmerisch tätigen Stadt Luzern seit 1850, Luzern 1997, S. 97: «Das Prinzip der Gewinnerwirtschaftung stand in den vergangenen 100 Jahren städtischen Unternehmertums nie ernsthaft in Zweifel.»

112 Statt aller BURCKHARDT (Fn. 90), S. 230; FLEINER (Fn. 58), S. 382 f.

113 Grundlegend BGE 38 I 61 E. 2 S. 64 vom 25. April 1912 (Walser & Cie.), wonach «die Bundesverfassung den einzelnen Gewerbetreibenden nur die *abstrakte Möglichkeit* der Ausübung ihres Gewerbes, nicht auch die Gelegenheit zur *gewinnbringenden* Ausübung» garantiere (Hervorhebungen im Original).

114 BGE 47 I 242 E. 2 S. 254 (Traugott Stutz).

115 Vgl. BGE 47 I 242 E. 2 S. 252 (Traugott Stutz); vor 1912 (vgl. Abschnitt D/III/1, Haupttext zu Fn. 93 f.) auch Bundesratsbeschluss vom 2. Februar 1904, BBl 1904 I 205–223, 222 f. («Rendite des städtischen Werkes» in einer Höhe, die ein kommunales Defizit verhindert, als zulässiges öffentliches Interesse).

116 BBl 1946 III 825–876, 864 f.

Gemeinden und der Bund 89,3 % des Aktien-, Genossenschafts- und Dotationskapitals des Sektors, die schweizerische Privatwirtschaft bescheidene 8,1 % und ausländische Anleger 2,6 %.¹¹⁷

IV. Inhaltliche Reichweite und Grenzen der Fortbildung der Wirtschaftsverfassung

1. Wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens und Wirtschaftsfreiheit

Seit 1912 entspricht es ständiger, 2012 und 2017 bestätigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten keinen Eingriff in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) darstellen.¹¹⁸ Innerhalb der Wirtschaftsverfassung beurteilt sich die Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten daher vor allem nach dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV).¹¹⁹ Die 1874 in der Bundesverfassung verankerte komplexe Verbindung zwischen Grundrecht und Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Handels- und Gewerbefreiheit) in einem einzigen Verfassungsartikel, der das Grundrecht garantierte, dazu Vorbehalte formulierte und gleichzeitig bestimmte, dass diese Vorbehalte den «Grundsatz» des Grundrechts «selbst nicht beeinträchtigen» dürften, machten es bereits nach zeitgenössischer Lesart «äusserst diffizil und oft geradezu tüftlig»¹²⁰, den wirtschaftspolitischen Handlungsspielraum von Bund und Kantonen zuverlässig zu bestimmen.¹²¹ Diese vermeintlich widersprüchliche Vielschichtigkeit hat der Wirtschaftsfreiheit die Charakterisierung als «Mona Lisa» unter den Grundrechten¹²² eingetragen.

2. Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit: Schranke gegen kantonalen Protektionismus und gezielte Privilegierung ausgewählter wirtschaftlicher Interessengruppen

Unter Einbezug des historischen, politischen, volkswirtschaftlichen und rechtlichen Kontextes seiner Emergenz in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts lassen sich Normgehalt und Funktion des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit

117 BUNDESAMT FÜR ENERGIE, Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2019, Bern 2020, S. 41–43.

118 Vgl. BGE 38 I 61 E. 2 S. 64 (Walser & Cie.), zitiert in Fn. 113; desgleichen BGE 138 I 378 E. 6.2.2 f. S. 386 f. (Glarnersach), mit der Einschränkung, dass «dies (...) jedenfalls so lange, [gelte] als das private Angebot durch die staatliche Massnahme nicht geradezu verdrängt» werde; bestätigt in BGE 143 II 425 E. 4.2 S. 431 (Universität Zürich).

119 Sinngemäss BGE 138 I 378 E. 6.2.3 S. 387 (Glarnersach).

120 Bericht der Kommission des Ständerates über die Geschäftsführung des Bundesrates (...) vom 31. Mai 1875, BBl 1875 III S. 71–135, 119 («äusserst difficill und oft geradezu tüftelig»); dazu REICH (Fn. 14), N 505.

121 REICH (Fn. 14), N 464–466, 504 f.

122 BIAGGINI (Fn. 28), S. 226.

zuverlässig rekonstruieren.¹²³ Die komplex strukturierte Verbindung, Relativierung und Verstärkung verschiedener Normbefehle zielte darauf ab, dem Bund und vor allem den Kantonen trotz der Garantie der Wirtschaftsfreiheit zu ermöglichen, *Wirtschaftspolitik* zu betreiben, gleichzeitig aber *kantonalen Protektionismus* und Massnahmen, die den Schutz von Privilegien ausgewählter *wirtschaftlicher Interessengruppen* bezweckten, zu unterbinden.¹²⁴ In der Rechtsprechung später als «standespolitisch»¹²⁵ bezeichnete Regelungen, die bestimmten Personen «*Rentseeking*»-Aktivitäten¹²⁶ ermöglichten, sollten demnach unterbunden werden.¹²⁷ Auf der Grundlage von Art. 94 Abs. 1 und 4 BV lassen sich generell all jene Massnahmen von Bund, Kantonen und Gemeinden vermutungsweise als «Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit» (Art. 94 Abs. 4 BV) taxieren, die – nach ihrem objektiven Regelungszweck beurteilt – bestimmten wirtschaftlichen Interessengruppen geldwerte Vorteile verschaffen, die sich über den Markt nicht erzielen liessen.¹²⁸ Dies kann etwa durch Finanzhilfen, Preisvorschriften, Verknappungen des Marktangebots oder die Absicherung privater Wettbewerbsabsprachen geschehen.¹²⁹ In seiner systemischen Dimension bildet der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV) ein Verfassungsprinzip, das Gesetz- und Verordnungsgeber dazu anhält, privatwirtschaftlichen Wettbewerb möglichst optimal zu verwirklichen.¹³⁰

E. Fazit: Wirtschaftsverfassung als Rahmenordnung

I. Unterschiedliche Rationalität privater und öffentlicher Wirtschaftstätigkeit

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil «Glarnersach» wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten nur geringfügigen Restriktionen unterworfen.¹³¹ Ob ein Gemeinwesen wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, ist damit weitgehend der Einschätzung der zuständigen *Legislative* überlassen. Die im bundesgerichtlichen Entscheid suggerierte inhaltliche Identität von «Verfassungspraxis» und Normbefehlen der Wirtschaftsverfassung hält einer

123 REICH (Fn. 14), N 512.

124 Eingehend REICH (Fn. 14), N 159–509, zusammenfassend N 510–512.

125 Statt aller BGE 125 I 335 E. 2a S. 337 (J.), 125 I 276 E. 3a S. 277 (X.), 111 Ia 184 E. 2° S. 186 (M.).

126 Für einen Überblick vgl. DENNIS C. MUELLER, *Public Choice III*, Cambridge UK 2003, S. 333–358.

127 Detailliert REICH (Fn. 14), N 305–366, 866.

128 REICH (Fn. 14), N 867 f. m.w.H.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 29), N 659.

129 Vgl. REICH (Fn. 14), N 874–877 m.w.H.

130 REICH (Fn. 14), N 869 m.w.H.

131 BGE 138 I 378 E. 6.3 S. 387–390, E. 7 S. 390–393, E. 8.2 S. 393, E. 9.1 S. 399 (Glarnersach); zusammenfassend bestätigt in BGE 143 II 425 E. 4.2 f. S. 431 f. (Universität Zürich).

verfassungstheoretischen Überprüfung zwar nicht stand.¹³² Einem prozesshaften Verständnis des Wirtschaftsverfassungsrechts folgend,¹³³ bleibt die Wirtschaftsverfassung für *Fortbildung und Konkretisierung* aber nicht nur durch Rechtsprechung, sondern auch durch *Bundesgesetzgebung* offen, soweit sich diese innerhalb einer vertretbaren Auslegung der massgebenden Bestimmungen der Wirtschaftsverfassung bewegt.¹³⁴ Die Rechtsetzung der Kantone kann ein Indikator dafür bilden, dass sich eine bestimmte verfassungsrechtliche Fortbildung oder Konkretisierung auf weitgehenden Konsens stützt.¹³⁵ Gesetzgeber von Bund, Kantonen und Gemeinden haben um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten besonders im Infrastrukturbereich vehement und entschlossen vorangetrieben.¹³⁶ Die Rechtsprechung hat diese «Staatspraxis» gebilligt, soweit sie nicht auf rein fiskalischen Interessen beruhte.¹³⁷ Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, der innerhalb der Wirtschaftsverfassung der zentrale Prüfstein für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten bildet, richtet sich in seiner systemischen (systembezogenen) Dimension primär an die Gesetzgeber.¹³⁸ Soweit der Bund oder die Kantone nicht protektionistische Massnahmen beschliessen oder bestimmte wirtschaftliche Interessengruppen gezielt privilegieren, wirkt Gesetzgebung des Bundes – und indirekt auch jene der Kantone – in rechtsnormativ relevanter Weise auf den Inhalt der Wirtschaftsverfassung zurück.¹³⁹ Vor diesem Hintergrund bildet die Wirtschaftsverfassung eine legislativ konkretisierungsbedürftige und -fähige, der Fortbildung durch Gesetzgebung zugängliche *Rahmenordnung*.¹⁴⁰

Während private Wirtschaftstätigkeit einem monetären Endzweck dient und daher inhärent expansiv orientiert bleibt, müssen wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens einer *genuin anders gearteten Rationalität* gehorchen: Sie sind dem Gemeinwohl verpflichtet, bedürfen daher der demokratischen Legitimation und haben sich restriktiv auf den ihr zugewiesenen Bereich zu beschränken (Spezialitätsprinzip).¹⁴¹ Diese *qualitative* Differenz zwischen wirtschaftlichen Tätigkeiten des Gemeinwesens und Privatwirtschaft bündelt die Rechtsprechung seit mehr als einem Jahrhundert im Grundsatz, wonach bloss

132 Vgl. Abschnitt D/I/1.

133 Vgl. Abschnitt D/I/2 und D/II.

134 Vgl. vor allem Abschnitt D/III/1.

135 Vgl. vor allem Abschnitt D/III/1 (letzter Absatz).

136 Vgl. Abschnitt D/III/2.

137 Vgl. Abschnitt D/III/2, insbesondere Haupttext zu Fn. 112–115.

138 Vgl. Abschnitt D/IV/2.

139 Vgl. Abschnitt D/I/2 und D/IV1–2.

140 Allgemein zur Verfassung als Rahmenordnung vor allem ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 46 (1976) S. 2089–2099, 2091, 2099 und KURT EICHENBERGER, *Sinn und Bedeutung einer Verfassung*, ZSR 110 (1991) II S. 143–273, 232–235.

141 REICH (Fn. 2), S. 1410 f. m.w.H.; daran anschliessend VALLENDER (Fn. 2), Art. 94 N 27 f.

fiskalische (monetäre) Interessen wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens nicht zu rechtfertigen vermögen.¹⁴² Bis in die Gegenwart des «Glarnersach»-Urteils tendiert die Rechtsprechung aber dazu, die von den betreffenden Gemeinwesen als «öffentlich» deklarierten Interessen kritiklos als solche anzuerkennen.¹⁴³ Sie leistet damit einer Entdifferenzierung zwischen staatlicher und privater Wirtschaftstätigkeit Vorschub, für welche die Bundesverfassung keine tragfähige Grundlage bietet.

II. Verfassungsrechtswissenschaft: notwendige epistemische Differenzierungen

Der durch die Wirtschaftsverfassung der Bundesverfassung weit gesteckte Rahmen, der für wirtschaftliche Tätigkeiten des Gemeinwesens zur Verfügung steht, lässt sich aus ordnungspolitischer, verfassungspolitischer und politökonomischer Perspektive mit guten Gründen kritisieren. Er eröffnet Bund, Kantonen und Gemeinden vielfältige Möglichkeiten, unter Missachtung des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) in sozialpolitisch fragwürdiger Weise Einnahmen über den Verkauf von Gütern und Dienstleistungen zu erzielen.¹⁴⁴ Gerade deswegen ist es für die Verfassungsrechtswissenschaft zentral, die *Unterscheidung* zwischen den *Normbefehlen* der Wirtschaftsverfassung einerseits und ordnungspolitisch inspirierten individuellen *Konzepten einer idealen Wirtschaftsverfassung* andererseits nicht zu unterlaufen.¹⁴⁵ Unter Beachtung dieser epistemischen und methodologischen Begrenzungen und vor dem Hintergrund der mehrfachen Billigung wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, sind im Schrifttum präsentierte Ansätze, die Effektivität der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) gegenüber der Konkurrenzierung durch das Gemeinwesen zu stärken,¹⁴⁶ stets kritisch daraufhin zu befragen, ob sie nicht voraussetzen, was sie zu begründen versuchen (*petitio principii*).

142 Vgl. Abschnitt D/III/2, Haupttext zu den Fn. 112–115.

143 Vgl. BGE 138 I 378 E. 8.5 S. 395 f., E. 8.6.2 S. 397 (Glarnersach); ähnlich bereits BGE 47 I 242 E. 2 S. 252 (Traugott Stutz).

144 REICH (Fn. 2), S. 1410 f.

145 Vgl. Abschnitt C/II–III.

146 Vgl. etwa BIAGGINI (Fn. 28), S. 240–243 (einen aus Art. 27 BV abgeleiteten «bedingten Anspruch» auf Schutz vor staatlicher Konkurrenz postulierend) oder SCHOTT, Jahrbuch SGHVR (Fn. 2), S. 47 (wonach staatliche Konkurrenzierung «[r]ichtigerweise» als Grundrechtseingriff zu qualifizieren sei).

F. Epilog: Verfassungsrechtswissenschaft als «*Sidekick*» des Bundesgerichts

Die Verfassungsrechtswissenschaft der Schweiz betrachtet «das Bundesgericht häufig als eine Art *natürlichen Verbündeten*». ¹⁴⁷ Diese Rollenerwartung hat das Bundesgericht im Urteil «Glarnersach» ¹⁴⁸ enttäuscht. Es hat nicht Hand geboten, den von der Verfassungsrechtswissenschaft beanspruchten Anteil an der Rechtserzeugung anzuerkennen ¹⁴⁹ und deren Konzeptionen einer gegenüber wirtschaftlichen Tätigkeiten von Bund, Kantonen und Gemeinden deutlich rigideren Wirtschaftsverfassung zum Durchbruch zu verhelfen. In Literatur, Film und Theater wird eine Person (Nebenrolle), die dem Protagonisten oder der Protagonistin (Hauptrolle) aus einer nachgeordneten, aber vertrauensvollen Position beratend zudient und gleichzeitig dem Publikum die Gedankengänge des Protagonisten oder der Protagonistin vermittelt, als «*Sidekick*» bezeichnet. ¹⁵⁰ Das bundesgerichtliche Urteil «Glarnersach» ¹⁵¹ böte der Staatsrechtslehre Gelegenheit, sich von der selbstgewählten Rolle als «*Sidekick*» des *Bundesgerichts* zu emanzipieren und stärker auf der Differenz zwischen den Normbefehlen des positiven Verfassungsrechts einerseits und rechtstheoretisch, ethisch, staatsphilosophisch oder ordnungspolitisch begründeten Konzeptionen von idealem Verfassungsrecht andererseits zu beharren. Mit diesem Gewinn an Autonomie ginge zum einen die Chance einher, Rechtsprechung unbefangener analytischer Kritik zu unterziehen. Gleichzeitig liegt in der Unterscheidung von positivem und idealem Recht der Schlüssel für glaubwürdige Rechtskritik, die das «Engagement für Vernachlässigtes» ¹⁵² der schweizerischen Staatsrechtslehre legitimiert.

Zusammenfassung

Im Leitscheid BGE 138 I 378 («Glarnersach») hat das Bundesgericht von der «Verfassungspraxis» auf die weitgehende Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeiten des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten geschlossen. Der vorliegende Beitrag begreift wirtschaftliche Aktivitäten von Bund, Kantonen und Gemeinden daher als methodologisches Problem der Verfassungsinterpretation. In kritischer Auseinandersetzung mit der selbstreferenziellen Rechtsdogmatik

147 BiAGGINI (Fn. 30), S. 288 (Kursivdruck hinzugefügt).

148 BGE 138 I 378 (Glarnersach).

149 Vgl. Abschnitt C/III.

150 Vgl. Oxford English Dictionary Online, «Sidekick», Oxford 2020, online: <www.oed.com/view/Entry/179287>.

151 BGE 138 I 378 (Glarnersach).

152 BiAGGINI (Fn. 30), S. 288 (Kursivdruck weggelassen).

werden Kriterien entwickelt, nach welchen die Wirtschaftsverfassung der Bundesverfassung Fortbildungen und Konkretisierungen durch Gesetzgebung zugänglich ist. Der Beitrag diagnostiziert, dass der Entscheid «Glarnersach» die Rolle der Staatsrechtslehre als «*Sidekick*» des Bundesgerichts infrage stellt und ihr damit die Chance bietet, ihr Selbstverständnis kritisch zu befragen.

Résumé

Dans l'arrêt de référence ATF 138 I 378 («Glarnersach»), le Tribunal fédéral a déduit de la «pratique constitutionnelle» la large admissibilité des activités économiques de la collectivité en concurrence avec des parties privées. Cet article comprend donc les activités économiques de la Confédération, des cantons et des communes comme un problème méthodologique d'interprétation constitutionnelle. Un examen critique des dogmes juridiques autoréférentiels permet d'élaborer des critères selon lesquels la constitution économique de la constitution fédérale est susceptible d'être développée et concrétisée par la législation. L'article diagnostique que l'arrêt «Glarnersach» remet en question le rôle de la doctrine du droit constitutionnel en tant qu'«acolyte» de la Cour suprême fédérale et lui offre ainsi la possibilité de remettre en question de manière critique son image de soi.